Current Issue Review 90-1E

# DRUG TESTING: LEGAL IMPLICATIONS

Jean-Daniel Bélanger
Law and Government Division

20 April 1990

Library of Parliament
Bibliothèque du Parlement

Research Branch

The Research Branch of the Library of Parliament works exclusively for Parliament, conducting research and providing information for Committees and Members of the Senate and the House of Commons. This service is extended without partisan bias in such forms as Reports, Background Papers and Issue Reviews. Research Officers in the Branch are also available for personal consultation in their respective fields of expertise.

© Minister of Supply and Services Canada 1990

Cat. No. YM32-1/90-1E

ISBN 0-660-13643-0

N.B. Any substantive changes in this publication which have been made since the preceding issue are indicated in **bold print.**

CE DOCUMENT EST AUSSI PUBLIÉ EN FRANÇAIS

CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

91-02072/

# DRUG TESTING: LEGAL IMPLICATIONS

## ISSUE DEFINITION

On 16 March 1990, the Transport Minister released a strategy paper outlining proposals to establish a comprehensive series of measures to prevent the use of alcohol and drugs in the federal transportation sector. The strategy would deal with workplace-related use of alcohol or drugs by employees in safety-sensitive positions considered to have a direct impact on the health, safety or security of the public or of co-workers. Under the proposed measures, it is the government's intention to enact legislation which would require drug testing of transportation employees. This paper analyzes the legal issues raised by mandatory drug testing, with particular emphasis on its effect on employees' rights to privacy under the Charter, the Canadian Human Rights Act and employment standards legislation (the Canada Labour Code). In such testing, the government's interest in the safety of federally regulated transportation modes would have to be balanced with the individual's interest in his or her privacy. As compulsory drug testing involves the taking of bodily substances, it affects the sanctity of a person's body, which is probably the most important of privacy rights. Whether mandatory drug testing is necessary to prevent drug and alcohol consumption by employees in the federal transportation sector and how this is to be implemented even if it infringes on privacy rights, are questions yet to be resolved.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT



## BACKGROUND AND ANALYSIS

The United States is currently extending compulsory drug testing programs in the workplace to all public and private bodies, domestic and foreign. It has been estimated that eventually between one-third and one-half of all American federal employees may have to undergo some kind of drug testing. Many giant corporations, such as IBM, Ford, DuPont, Exxon and the New York Times Corporation, now test job applicants and employees suspected of using drugs. Approximately 25% of the 500 largest American corporations will discharge employees found to do so.

The imposition of drug testing programs in the United States followed from the March 1986 report of the Commission on Organized Crime. It recommended that the President should direct the heads of all federal agencies to formulate policy statements and implement guidelines and suitable drug testing programs to show the "utter unacceptability of drug abuse by federal employees." This recommendation led to Executive Order 12564, which made drug testing a government-wide policy.

Urinalysis is the current technology for drug testing, with the most frequently used test in the United States being the enzyme multiplied immunossay technique (EMIT). This test costs between $4.50 to $25 US per person tested, while the necessary equipment costs approximately $5,000 US. It is the cheapest existing test, with no specialized personnel needed to perform it, and results are available within minutes. Gas chromatography mass spectometry (GCMS) has been described as "the most reliable, most definitive, forensic quality procedure" but, with costs from $100 to $200 US per person tested, it is also the most expensive.

The accuracy of the EMIT is often questioned in the United States. Studies show that the EMIT test used alone may show a 25% inaccuracy rate. Inaccurate results ("false positives") may be produced from the urine of an employee who has consumed either poppy seeds or common cold medications, such as Sudafed or Sucrets, or even herbal tea. A recent concern was that the birth control pill could cause false positive results for athletes. On the other hand, "false negatives" can be obtained by the introduction of certain substances, such as salt, vinegar, Visine or bleach

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT



into the urine samples. In order to eliminate such tampering, American agencies have adopted stringent regulations which force subjects to strip and submit to a search, and to give their samples in bare rooms in the presence of an observer.

Some U.S. courts have even decided not to allow EMIT test results to be introduced as evidence unless they are confirmed by a positive result from an alternative method of analysis. The GCMS is now generally used as an independent confirmation of positive EMIT results.

Another concern raised in the United States is the type of information that can be obtained from these tests. A urine specimen can be analyzed to reveal whether an employee is pregnant, is using licit medications, or is being treated for a heart condition, manic-depression, epilepsy, diabetes or schizophrenia. It has been suggested that employers could use the tests for genetic screening of employees in order to exclude an individual with any condition that might be considered as diminishing work performance.

In spite of the many concerns raised by scientists, unions and legal experts, in two recent cases the U.S. Supreme Court dealt in a surprising way with drug testing and employees' rights to privacy. In Skinner v. Railway Labor Executives' Association, (109 S. Ct. 1402 (1989) the Court had to look at the regulations adopted pursuant to the Federal Railroad Safety Act, which established mandatory blood and urine testing of all railroad employees directly involved in a major train accident and discretionary breath and urine testing in circumstances where a supervisor has a reasonable suspicion that an employee is impaired.

A constitutional challenge had been brought against these regulations on the basis of the Fourth Amendment, which protects personal privacy and dignity against intrusion by the State. The U.S. Supreme Court upheld the drug testing programs; it decided that, in circumstances beyond normal law enforcement, special needs may exist to justify departures from the warrant and reasonable cause requirements of the Fourth Amendment. The Court further held that where the privacy interests threatened by the search linked to drug testing are minimal, and of secondary importance to governmental interest in the testing program, a search may be reasonable,

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT



despite the absence of the warrant or reasonable suspicion usually required. The government's interest in this case was to incorporate into the regulations an effective means of deterring employees in safety-sensitive positions from using drugs or alcohol. Note that the evidence demonstrated a significant problem of intoxication in the railroad industry.

In the other case before the U.S. Supreme Court, the testing program at issue was considerably different from that in the Skinner case. In National Treasury Employees Union v. Von Raab, 109 S. Ct. 1384 (1989), it was shown that the Commissioner of the U.S. Customs Service had made drug testing a condition of promotion to three kinds of positions: positions involving the carrying of a firearm; positions involving the handling of classified material; and positions subject to a drug interdiction. Employees who qualified for such positions would be advised by a letter that their final selection would be contingent upon their successfully passing the EMIT drug test. If an applicant tested positive, he would have to pass the GCMS test. Any employee who tested positive on both tests would be subject to dismissal unless he was able to provide a satisfactory explanation.

A majority of the U.S. Supreme Court upheld the constitutionality of the drug testing program, except for the testing of employees applying for positions that involve the handling of classified material. They noted that in an administrative context the requirement of "probable cause" (i.e., circumstances suggesting that the person to be searched has violated the law) might be unhelpful and that, given the government's compelling need to deter drug use in the Customs Service, the requirement of "individual suspicion" could also be dispensed with. As a result, the employee's right to privacy might be reduced in the context of the workplace, particularly in the case of government employees. The Court dismissed the argument that there was no need for such a program because only 5 of the 3,600 test results analyzed so far had been positive. The majority of the Court held that, even so, the need to prevent future occurrences of drug abuse by Customs employees was ample justification for the testing program.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT



These decisions will be of great importance when Canadian courts review the constitutionality of mandatory drug testing programs in the workplace. Since there are no similar cases before the courts in Canada, the American cases balancing the interest of the state with that of the individual's right to privacy may serve as a model.

Though at present there is no Canadian legislation per se providing for mandatory drug testing of employees, some corporations have adopted policies and rules for such testing. Air Canada and CN, for example, test job applicants. Companies doing business in the U.S., especially in the transportation sector, may be obliged, in order to respect the U.S. legislation, to perform drug tests on their employees who cross the border.

In Canada, regulations on mandatory drug testing exist principally in the criminal field. Under the Criminal Code, someone can be tested if he is impaired by alcohol or drugs while driving a motor vehicle, railway equipment, a vessel or an aircraft (section 254). Under the Penitentiary Service Regulations, correctional officers may demand a urine sample from an inmate when such is considered necessary to determine whether the inmate has consumed an intoxicant (SOR/85412). Some federal statutes also provide for drug testing of a person suspected of having consumed an illicit drug (the Narcotic Control Act, S.R.C. 1985, c. N-1, for example). If there is no offence none of these pieces of legislation applies in the context of employment. (For a more complete analysis of the legislation and programs related to drugs in general, refer to the Current Issue Review Drug Abuse in Canada, #87-7E.)

Regulations in the transportation sector prohibit the use of drugs and alcohol in the workplace; they do not provide for mandatory drug testing. The Aeronautics Act, the Canada Shipping Act, the Pilotage Act and the Railway Safety Act all prohibit the use of intoxicants by employees on duty but they do not have substance testing provisions. Amending legislation would have to be introduced to extend the scope of these statutes to authorize mandatory drug testing.

The use of urinalysis to test whether an employee has consumed drugs or alcohol is thus becoming an important issue in the

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT



context of employment in Canada. Some court cases, although they were rendered in the criminal field, may apply to future challenges to federal legislation establishing mandatory drug testing programs by Canadian transportation employers. Decisions based on the Charter in matters of breathalyzer use and urinalysis in penitentiaries will certainly be invoked in challenges to the constitutionality of drug testing in the workplace.

A. The Charter

Challenges to government mandatory drug testing programs would likely be based on sections 7 and 8 of the Charter. Section 7 sets out the right to security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice. Security of the person includes liberty from physical constraint, privacy, and freedom from state intrusion into personal matters. Section 8 contains guarantees of the right to be secure against unreasonable search and seizure. The application of these constitutional rights is limited by section 1 of the Charter, which permits reasonable restrictions as long as they are prescribed by law and can be shown to be demonstrably justified in a free and democratic society. In other words, even if a mandatory drug testing program were to infringe the right to security, it might still be possible to justify the program under the "reasonableness" test of section 1.

Another important consideration in relation to the Charter is its applicability. Section 32 of the Charter states that it applies to the Parliament and government of Canada and to the legislature and government of each province. This means that the Charter applies only to government actions and legislation. If a mandatory drug testing program is established by legislation, however, any employee would have the right to challenge the law under the Charter. If a corporation implemented such a program as its own policy, then the employee would have a recourse under the human rights legislation (discussed in Part B).

1. Section 7 of the Charter

The constitutionality of mandatory drug testing has been considered in four court decisions which held that the non-consensual

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT



taking of an individual's bodily fluids infringes the security of the person (see Chatham, ((1987) 23 C.R.R. 344; Racette, (1988) 48 D.L.R. (4th) 412; Dion, (1987) 30 C.C.C. (3d) 108; and Jackson, unreported F.C.T.D., #T-1934-87, rendered 16 February 1990). These cases involved drug testing regulations in penitentiaries and in provincial impaired driving legislation. In the Dion case, for example, the Quebec Superior Court held that the Correctional Service's requirement for inmates to provide a urine sample failed to meet the standard of "fundamental justice." As the regulation left to the subjective determination of a Correctional Service employee the circumstances in which a urine sample could be demanded, the Court found that the absence of reasonable and probable grounds in the provisions was an infringement of section 7 of the Charter. The Court concluded that to impose on an inmate an obligation to give a urine sample caused humiliation and constituted an intrusion into the security, tranquillity and privacy protected by section 7.

The Supreme Court has not yet addressed the issue of a mandatory drug testing program in relation to section 7. The Court, has, however, considered cases involving the taking of samples of bodily substances under Criminal Code provisions dealing with impaired driving and other sections of the Charter. According to the Hunter case ((1984) 2 S.C.R. 145), it seems that the Court would require an "objective element" in a government mandatory drug testing program. The objective element might take the form of prior authorization or the presence of reasonable grounds. For example, the government would have to establish that the mandatory drug testing program was in accordance with fundamental justice and that valid grounds existed to perform the test.

But the government might claim that the drug testing program as set out in regulatory legislation was the only efficient means to ensure the prohibition of drug and alcohol use was respected. In this case, no reasonable grounds would be required as the government would need broad powers to supervise the regulatory scheme of drug testing and drug use in the transportation sector. The government would rely on a very recent decision of the Supreme Court. In the McKinlay case (unreported, S.C.C., #20761, rendered 29 March 1990), the Court stated that random monitoring

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT



may be the only way to maintain the integrity of the tax system and upheld the provision permitting tax officials to demand that documents be produced. Nevertheless, the Court restated that the greater the intrusion into the privacy of an individual, such as an action against the inviolability of his home (or, one might add, of his body), the more likely it will be that safeguards similar to those in Hunter will be required. The applicability of the McKinlay reasoning to such situations will be an issue for the courts to address in future.

2. Section 8 of the Charter

Section 8 protects against unreasonable search and seizure. It has been held that the taking of bodily substances constitutes a seizure within the meaning of section 8 (see Dyment, (1988) 2 S.C.R. 417). The Supreme Court has already held that section 8 protects individuals from unreasonable search and seizure. It is certain that the Court will use this section to scrutinize very closely any mandatory drug testing program requiring an individual to give a sample of bodily fluids. In Thomson Newspapers Ltd. (unreported S.C.C. #20228, rendered 29 March 1990), the Court stated that the degree of privacy a citizen can reasonably expect may vary depending upon the activity that brings him into contact with the state. The application of a more flexible standard of reasonableness in the case of searches in a regulatory context would be consistent with section 8 of the Charter. On the other hand, in Pohoretsky ((1987) 1 S.C.R. 945), the Court held that a violation of the sanctity of a person's body is much more serious than that of his office or even his home.

Thus, a mandatory drug testing program would have to meet the reasonableness standard of section 8 of the Charter. The requirements set out by the Supreme Court in Collins, ((1987) 33 C.C.C. (3d) 1) are said to provide a useful framework within which to analyze drug testing in a non-criminal context. In Collins, the Court dealt with breathalyzer testing in relation to section 8. The first requirement for reasonableness would be that the mandatory drug testing program be authorized by law. The government has already stated its intention to introduce new legislation to

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT



establish compulsory testing. It would then be necessary to consider whether the drug testing measure was reasonable within the terms of section 8. The Supreme Court in Dyment seems to suggest that the "reasonableness" test in section 8 would need an objective precondition to government mandatory drug testing, such as reasonable and probable grounds to suspect an employee of breaching a proscription against the use of alcohol or drugs, for example, while in charge of public transport. Persuasive evidence on the nature of the problem to be addressed through drug testing would have to be presented to the courts to have them decide on the reasonableness of the program. Lastly, the manner in which the mandatory drug testing was carried out would have to be considered reasonable. This would ensure that the drug testing program was performed in a scientific manner, bearing in mind the privacy concerns of the individual. The risks of obtaining false positives could lead to severe and unfair consequences for the tested person, especially where his livelihood, occupation and liberty would be jeopardized by positive test results. The process of collecting bodily substances would have to protect to the extent possible the privacy of the individual, and the integrity of the collection process, the sample and the test results. The right to privacy means that tested employees would not have to be subject to any degrading process and that all reasonable efforts would have to be made to ensure discretion.

3. Section 1 of the Charter

Section 1 provides that constitutional rights are subject to reasonable limits prescribed by law, if these can be shown to be justified in a free and democratic society. The law under which the Charter rights are said to be infringed would have to be analyzed to determine whether the limitations on the rights met the reasonableness test established by the Supreme Court in Oakes ((1986) 1 S.C.R. 103). This test would require the government to demonstrate that the objectives of the drug testing program related to an important, pressing and substantial concern and that the means chosen were proportional or appropriate to the ends. In other words, the imposition of drug testing must be rationally connected to the objective, it must impair constitutional rights as little as possible and

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT



the importance of the objective must outweigh that of the infringement of these rights. Opponents of the testing programs will certainly invoke evidence such as the government survey of some 18,000 employees in the federal transportation sector, which found patterns of substance use similar to those in the overall population, with only a small percentage of employees ever under the influence of alcohol or drug while at work. Accordingly, a drug testing program would need to be premised on solid evidence of a serious problem of drug usage in a particular sector that could not be dealt with by any less intrusive alternate means. In the Von Raab case, the U.S. Supreme Court rejected the argument that, since only 5 of 3,600 test results had been positive, there was no need for a drug testing program. Such an argument might be better received by Canadian courts, however, under section 1. (For a more complete analysis of the Charter issue related to privacy rights in general, please refer to the Current Issue Review Charter of Rights and Freedoms: Legal Rights, #83-15E.)

B. The Canadian Human Rights Act

As the Charter applies only to government actions and legislation, a non-legislated drug testing program in the private sector under federal jurisdiction would have to be challenged under the Canadian Human Rights Act. This Act applies to all federally regulated bodies, such as corporations performing services and operations in the federal transportation sector.

In 1988, the Canadian Human Rights Commission issued a policy statement on drug testing in which it suggested that using positive results from drug tests might be considered a discriminatory practice on the ground of disability. The Act, which contains several provisions forbidding discrimination in relation to employment, defines "disability" as any previous or existing dependence on alcohol or a drug.

It was submitted that on the basis of sections 7 and 8 of the Canadian Human Rights Act, which prohibit discriminatory practices, a federal employee disciplined for testing positive in a drug test might be

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT



able to file a complaint with the Commission alleging that he had been discriminated against on the basis of disability. The case would be fairly easy to make since the Commission took the position that the individual should not be required to prove drug dependency but rather "merely show that differential treatment resulted from the employer's presumption of drug dependency." So far, no decisions have dealt with this issue.

The Act also provides grounds which may be pleaded by a federal employer against a charge of discriminatory practice. In order to show that the drug test and action were not discriminatory, an employer would have to show that the practice was justified as a "bona fide occupational requirement"; for example, that the positive test results indicated decreased ability to do the work and that poor job performance had in fact been observed. Furthermore, the Commission stated that it would establish its own standard of accuracy for drug tests and that employers should make every possible effort to accommodate the employee.

Thus, the Canadian Human Rights Act may be a useful tool to challenge the use of drug testing in the workplace. If it could be established that such testing is discriminatory, the onus would be on an employer to justify the testing. The principal issue may be that drug testing merely indicates that a person has recently consumed a drug or alcohol; a positive finding may have no relevance to the person's ability to perform his work.

C. Employment Standards Legislation

The federal government has enacted legislation concerning employment standards, such as the Canada Labour Code. These standards mandate certain elements of the employment relationship between employers and employees subject to the federal jurisdiction. It has been suggested that if the federal government should decide to regulate drug testing, this legislation would be the most appropriate place to do it. The grievance procedure may provide a good way to challenge a drug testing program and to protect employees against possible abuse. Any disciplinary action for a

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT



positive drug test would also have to be justified on the basis of just cause and procedural fairness.

Some arbitral decisions already show that employers have only a limited right to insist on medical examinations and are not permitted to discipline employees for off-duty conduct; this protects the privacy rights of employees. Limitations imposed by arbitrators can be summarized as requiring reasonable grounds for any intrusion into an employee's privacy. A drug test would probably be considered as a medical procedure. On that basis arbitrators would not allow an employer to insist on a doctor who was unacceptable to the employee unless a statute or a collective agreement restricted the rights of the employees to refuse. An arbitrator has already stated that "it is not within the legitimate business purposes of an employer, including a railroad, to encroach on the privacy and dignity of its employees by subjecting them to random and speculative drug testing" (Re Canadian Pacific Ltd. and United Transportation Union, (1987) 31 L.A.C. (3d) 179). Disciplinary action based on the results of a drug test would also be contested on the grounds that drug use alone is not just cause for discipline if it is not connected to work. As off-duty conduct cannot be disciplined, an arbitrator is unlikely to uphold discipline action based, for example, on a positive test showing that the employee had consumed drugs or alcohol during the past week-end. In conclusion, a drug testing program in the workplace will probably meet extensive opposition founded on existing arbitral authority.

D. Procedural Safeguards

In a working paper on investigative tests, the Law Reform Commission discussed the procedural safeguards which may be required to ensure that the test is performed in a fair and reliable manner (Working Paper 34, Investigative Tests, 1984). The Commission looked at existing legislation in other jurisdictions with rules for conducting tests. The provisions of the United Kingdom's Transport Act 1981 and New Zealand's Transport Act 1962 require that persons under an obligation to undergo an investigative test be warned in advance of the possible consequences of a

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT



negative result, or of refusal to be tested, and of the right to request an additional test. In New Zealand, tested persons under the Act are given the option of having other, more reliable tests, such as blood tests. These persons also have the right either to be given a portion of any samples taken, or to have such a portion sent for independent laboratory analysis. Under this Act, non-observance of statutory testing requirements automatically results in exclusion of the evidence obtained by the test. The Act, however, makes it an offence to refuse to undergo the investigative tests. In other jurisdictions, provisions require that the tests be performed only by qualified personnel, or allow for the presence of counsel or a personal physician, or for destruction of records and samples after the results are obtained and the matter settled. Much extraneous information may be obtained by employers as a result of a drug testing program. The retention of such information may be contested on the basis of privacy rights. Whether employers need to know which of their employees are pregnant or have diabetes will also be of concern to employees.

In October 1987, the House of Commons Standing Committee on National Health and Welfare tabled its report on drug abuse in Canada. The report, entitled Booze, Pills and Dope: Reducing Substance Abuse in Canada, recommended that if testing must be used, it should only be done when grounds exist for suspecting the possible use of drugs or alcohol (i.e., where an employee has shown evidence of impairment or of performance difficulties). Drug screening should assist the employee in seeking appropriate treatment; it should not be used as evidence in criminal proceedings. The report also recommended that all positive test results should be confirmed by another test; that all results should be conveyed to a licensed medical practitioner acceptable to both the employee and the employer; and that no action be taken on the basis of positive results before the employee is given the opportunity to meet with the medical practitioner or to present contrary evidence.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT



E. Conclusion

In the absence of any legislation or policy proposals, it is very hard to know what would be contested before the courts or what would be condemned by them. This paper has suggested the possible grounds of future challenges to drug testing programs. Since it is still unclear how these programs would be established and what form they would take, it is virtually impossible to decide what kind of testing - pre-employment, post-accident, periodic, on suspicion or at random - will be upheld or struck down by the courts.

Many questions may be asked in the meantime. What are the risks of obtaining "false positives"? What is the likelihood of interference which may produce such false results? What is the risk of human error? What would be considered a proscribed drug? What happens in the case of positive results from trace amounts of drugs which could not affect an employee's ability to perform his work? Might someone test positive even if he or she had not actually consumed drugs but had absorbed traces from a secondary source (e.g., marijuana smoked by someone else in the same room)? What protection would be incorporated into the drug testing process to ensure the privacy of the employee? What range of information can be obtained from drug tests? How can an employer be prevented from using such information in relation to the employee? How would an employee be able to challenge the test result? What recourse would be open to employees who wanted to challenge the drug test procedures? What remedies would be offered to employees whose tests yielded false results?

It is for the federal government and Parliament to find the balance between the safety of the public and individual privacy rights. These important constitutional rights should not be dealt with only in future regulations. In order to allow thorough review of the proposed drug testing programs, they should be implemented by means of new legislation. As a U.S. Supreme Court stated:

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT



> Experience should teach us to be on our guard to protect liberty when the government's purposes are beneficent. Men born to freedom are naturally alert to repel invasion of their liberty by evilminded rulers. The greatest dangers to liberty lurk in insidious encroachment by men of zeal, wellmeaning but without understanding. (Mr. Justice Brandeis, Olmstead v. United States, (1928) 48 S. Ct. 564)

PARLIAMENTARY ACTION

No legislation or legislative proposals have yet been tabled. Several House of Commons Committees, however, have addressed the issue of drug abuse.

In November 1987, the Standing Committee on National Health and Welfare, in its report on drug abuse, opposed mass or random testing in Canada and said that drug testing should be used only when cause or grounds for suspected use exist. After its review of the Railway Safety Act, in April 1988, the Transport Committee recommended that the government legislate a drug testing program which would provide for the testing of transportation employees after an accident and for reasonable cause.

On 16 March 1990, a strategy paper on substance use was released by the Minister of Transport. The paper was referred to the House of Commons Standing Committee on Transport for review, consultations and recommendations. The Committee was to report within 90 days. On 28 March 1990, the Minister of National Defence also issued a strategy paper on control of alcohol and drug use by departmental employees. The strategy includes some random mandatory drug testing.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT



CHRONOLOGY

March 1986 - U.S. Commission on Organized Crime tabled its report recommending that federal employees be subject to compulsory drug testing.

September 1986 - U.S. President issued Executive Order 12564 imposing mandatory drug testing as a government-wide policy.

25 May 1987 - The federal government announced the National Drug Strategy to fight drug abuse in Canada.

2 November 1987 - The Standing Committee on National Health and Welfare tabled its substance abuse report in the House of Commons.

January 1988 - The Canadian Human Rights Commission issued a policy paper stating that the use of positive test results after a drug test might be considered a discriminatory practice.

21 April 1988 - The Standing Committee on Transport recommended that the government introduce legislation to implement drug testing programs.

December 1989 - The U.S. Supreme Court rendered two decisions upholding mandatory drug testing programs in the workplace and stating that these did not infringe on privacy rights protected by the Fourth Amendment.

16 March 1990 - The Minister of Transport released a strategy paper on the control of drug and alcohol use by employees in the federal transportation sector. The strategy proposed the enactment of legislation to provide for mandatory drug testing.

28 March 1990 - The Minister of National Defence announced a strategy on alcohol and drug use control in Canadian Forces. The Minister stated that the strategy included mandatory drug testing with random elements.

5 April 1990 - The House of Commons Standing Committee on Transport started its public hearings on the strategy paper issued by the Minister of Transport. The Committee should report by the middle of May.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT



SELECTED REFERENCES

Benyekhlef, Karim. "Réflexions sur la légalité des tests de dépistage de drogues dans l'emploi." Revue du Barreau, 48-2, 1988, 315-363.

Canadian Human Rights Commission. "Drug Testing." Policy 88-1, January 1988, p. 11.

Health and Welfare Canada, Interdepartmental Secretariat on Drug Abuse. "Action on Drug Abuse." May 1987.

House of Commons Standing Committee on National Health and Welfare. Booze, Pills and Dope: Reducing Substance Abuse in Canada. Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1987.

Law Reform Commission of Canada. "Investigative Tests." Working Paper 34, 1984, 186.

Miller, David A. "Mandatory Urianalysis Testing and the Privacy Rights of Subject Employees." University of Pittsburg Law Review, (1986) 48, 201.

Reid, A.D. and Alison Young. "Administrative Search and Seizure under the Charter." Queen's Law Journal, Vol. 10-2, 1985, 392.

Bulletin d'actualité 90-1F

# LE DÉPISTAGE DES DROGUES: RÉPERCUSSIONS JURIDIQUES

Jean-Daniel Bélanger
Division du droit et du gouvernement

Le 20 avril 1990

Bibliothèque du Parlement
Library of Parliament

Service de recherche

Le Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement travaille exclusivement pour le Parlement, effectuant des recherches et fournissant des informations aux parlementaires et aux comités du Sénat et de la Chambre des communes. Entre autres services non partisans, il assure la rédaction de rapports, de documents de travail et de bulletins d'actualité. Les attachés de recherche peuvent en outre donner des consultations dans leurs domaines de compétence.

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1990

Nº de cat. YM32-1/90-1F

ISBN 0-660-92998-8

N.B. Dans ce document, tout changement d'importance fait depuis la dernière publication est indiqué en **caractère gras.**

THIS DOCUMENT IS ALSO PUBLISHED IN ENGLISH

CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

# LE DÉPISTAGE DES DROGUES: RÉPERCUSSIONS JURIDIQUES

## DÉFINITION DU SUJET

Le 16 mars 1990, le ministre des Transports a publié un énoncé de stratégie qui contient des propositions visant à instituer un ensemble de mesures pour prévenir la consommation d'alcool et de drogues dans le secteur des transports fédéraux. La stratégie vise la consommation d'alcool ou de drogues au travail par des employés dont les fonctions touchent directement la santé ou la sécurité du public ou de leurs collègues. Parmi les mesures proposées, le gouvernement annonce son intention d'adopter une loi qui rendrait obligatoire le dépistage des drogues chez les employés du secteur des transports. Le présent document analyse les questions juridiques que soulève le dépistage obligatoire, en particulier du point de vue du droit à la vie privée garanti par la Charte, par la Loi canadienne sur les droits de la personne et par la législation concernant les normes en matière d'emploi (le Code canadien du travail). Les tests devront être conçus de manière à tenir compte à la fois de l'intérêt du gouvernement dans la sécurité des modes de transport fédéraux et du droit de l'employé à la protection de sa vie privée. Parce qu'il nécessite des prélèvements corporels, le dépistage des drogues touche directement l'intégrité physique de la personne, qui constitue sans doute l'élément le plus important du droit à la vie privée. Il reste à voir si le dépistage obligatoire des drogues est nécessaire pour empêcher les employés du secteur des transports fédéraux de consommer des drogues et de l'alcool, et comment les tests seront appliqués en dépit du fait qu'ils portent atteinte au droit à la vie privée.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT



CONTEXTE ET ANALYSE

Les États-Unis étendent actuellement les programmes de dépistage des drogues au travail à tous les organismes publics et privés, tant sur le territoire national qu'à l'étranger. On estime qu'entre le tiers et la moitié des employés de la fonction publique fédérale américaine pourraient être soumis à des tests. Plusieurs grandes sociétés, comme IBM, Ford, DuPont, Exxon et la société New York Times soumettent aux tests de dépistage les personnes qui postulent des emplois et les employés soupçonnés de consommer des drogues. Environ 25 p. 100 des 500 plus importantes sociétés américaines congédieront les employés dont les tests donnent des résultats positifs.

L'imposition de programmes de dépistage des drogues aux États-Unis fait suite au rapport de mars 1986 de la Commission d'enquête sur le crime organisé. Le rapport recommandait que le Président ordonne aux dirigeants de tous les organismes fédéraux de publier des énoncés de principe et d'appliquer des directives et des programmes adéquats de dépistage des drogues pour souligner "le caractère totalement inacceptable de la consommation de drogues par des employés fédéraux". Cette recommandation est à l'origine du décret 12564, qui institutionnalise le dépistage des drogues à la grandeur de la fonction publique.

Aux États-Unis, le dépistage se fait actuellement par l'analyse d'urine, le plus souvent au moyen du test EMIT (enzyme multiplied immunoassay technique). Ce test coûte entre 4.50 $ et 25 $ US par personne, et l'équipement requis environ 5 000 $ US. Il s'agit du test le moins coûteux à l'heure actuelle, puisqu'il n'exige pas l'intervention de personnel spécialisé et que les résultats sont disponibles en quelques minutes. Le test de chromatographie en phase gazeuse et spectométrie de masse (CG-SM) est considéré comme "la méthode la plus fiable, et la meilleure du point de vue médico-légal", mais son coût de 100 $ à 200 $ par personne en fait le test le plus cher.

La précision du test EMIT est souvent mise en doute aux États-Unis. Des études ont révélé que cette technique utilisée seule peut comporter une marge d'erreur de 25 p. 100. Le test d'urine d'un employé

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT



qui a consommé des graines de pavot ou des médicaments couramment utilisés contre le rhume, comme Sudafed ou Sucrets, ou, encore, bu de la tisane, peut donner des résultats inexacts (les "faux positifs"). On a même exprimé récemment la crainte que les pilules anticonceptionnelles puissent donner de faux résultats positifs chez les athlètes. Par ailleurs, il est possible d'obtenir des "faux négatifs" en introduisant certaines substances comme le sel, le vinaigre, la Visine ou un javellisant dans les échantillons d'urine. Afin d'éliminer les falsifications, les organismes américains ont adopté des règlements rigoureux qui obligent les personnes qui subissent un test à se dévêtir pour se soumettre à une fouille et à produire des échantillons d'urine dans des salles vides en présence d'un observateur.

Certains tribunaux américains ont même refusé d'admettre en preuve les résultats du test EMIT à moins qu'ils ne soient confirmés par les résultats positifs d'une autre méthode d'analyse. Le test CG-SM est maintenant généralement utilisé comme méthode de confirmation indépendante des résultats du EMIT.

On s'est également inquiété, aux États-Unis, du type d'information que peuvent fournir les tests. Un échantillon d'urine peut être analysé pour déterminer si une employée est enceinte, ou établir si un(e) employé(e) utilise des médicaments ou subit des traitements pour une maladie cardiaque, une dépression maniaco-dépressive, l'épilepsie, le diabète ou la schizophrénie. On a même affirmé que les employeurs pourraient utiliser les tests pour faire de la sélection génétique, de manière à exclure une personne dont l'état pourrait être considéré comme un facteur de diminution du rendement professionnel.

Malgré les réserves exprimées par des scientifiques, des syndicats et des juristes, la Cour suprême des États-Unis a rendu récemment deux décisions surprenantes concernant les tests de dépistage des drogues et le droit des employés à la protection de leur vie privée. Dans l'affaire Skinner v. Railway Labor Executives' Association (109 S. Ct. 1402 (1989)), la Cour avait à se prononcer sur un règlement adopté en vertu du Federal Railroad Safety Act, qui prescrivait des tests de sang et d'urine obligatoires pour tous les employés de chemins de fer directement

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHEQUE DU PARLEMENT



mis en cause dans un accident ferroviaire grave, et des tests d'haleine et d'urine discrétionnaires dans les cas où un surveillant aurait une bonne raison de croire qu'un employé travaille alors que ses facultés sont affaiblies.

La constitutionnalité de ce règlement a été contestée, en vertu du Quatrième Amendement, qui reconnaît aux personnes le droit à la protection de leur vie privée et de leur dignité contre l'intrusion de l'État. La Cour suprême des États-Unis a confirmé la constitutionnalité des programmes de dépistage des drogues et a décidé que dans les circonstances qui dépassent les cas d'application normale de la loi, il peut exister des besoins spéciaux qui permettent de tourner les exigences de justification et de motif raisonnable prévues par le Quatrième Amendement. La Cour a également décidé que lorsque les intérêts de la vie privée menacés par une fouille liée au dépistage des drogues sont minimes, et d'importance secondaire comparés à l'intérêt du gouvernement dans le programme de dépistage, une fouille peut être raisonnable, même en l'absence de la justification ou du doute raisonnable habituellement requis. Dans ce cas, l'intérêt du gouvernement consistait à intégrer au règlement des dispositions propres à empêcher les employés qui occupent des postes mettant en cause la sécurité, de consommer des drogues ou de l'alcool. Il convient de noter qu'on a démontré l'existence d'un grave problème d'intoxication dans l'industrie ferroviaire.

Dans l'autre affaire dont a été saisie la Cour suprême des États-Unis, le programme de dépistage en cause différait considérablement du programme visé dans l'affaire Skinner. Dans 'affaire National Treasury Employees Union v. Von Raab, 109 S. Ct. 1384 (1989), il a été démontré que le Commissaire du Service des douanes américain avait imposé le dépistage des drogues comme condition de promotion à trois types de postes: les postes exigeant le port d'arme; les postes comportant la manutention de documents ayant une cote de sécurité et les postes frappés d'une interdiction concernant les drogues. Les candidats reçus étaient informés par lettre que pour être sélectionnés de façon définitive, ils devaient subir avec succès le test de dépistage des drogues EMIT. En cas de résultats positifs, l'employé devait se soumettre au test CG-SM. Tout

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT



employé ayant obtenu des résultats positifs dans les deux cas était susceptible de renvoi, à moins de fournir une explication satisfaisante.

La majorité des juges de la Cour suprême a confirmé la constitutionnalité du programme de dépistage des drogues, sauf à l'égard des employés qui postulaient des postes exigeant la manutention de documents ayant une cote de sécurité. Les juges ont souligné que dans un contexte administratif, l'exigence concernant le "motif raisonnable" (c'est-à-dire l'existence de circonstances permettant de croire qu'une personne devant faire l'objet d'une fouille a violé la loi) pourrait se révéler inutile et que, compte tenu du besoin pressant pour le gouvernement de dépister l'utilisation des drogues au sein du Service des douanes, l'exigence concernant le "doute à l'égard d'un individu" pouvait être écartée. Par conséquent, il pouvait y avoir restriction du droit de l'employé à la vie privée au travail, en particulier pour les employés de la fonction publique. La Cour a rejeté l'argument selon lequel le programme n'était pas nécessaire parce que seulement cinq tests sur 3 600 avaient indiqué des résultats positifs. La Cour a décidé, dans une opinion majoritaire, que même dans ce cas la nécessité de prévenir la consommation de drogues chez les employés des douanes justifiait amplement le programme de dépistage.

Ces décisions auront une grande importance lorsque les tribunaux canadiens auront à se prononcer sur la constitutionnalité des programmes de dépistage obligatoire des drogues au travail. Puisque les tribunaux canadiens n'ont pas encore été saisis d'affaires semblables, les décisions des tribunaux américains appelés à assurer l'équilibre entre l'intérêt de l'État et le droit des particuliers à la vie privée pourront servir de modèle.

Au Canada, il n'existe pas à l'heure actuelle de loi qui impose les tests de dépistage obligatoires aux employés, mais certaines sociétés ont adopté des politiques et des règles en ce sens. La société Air Canada et le Canadien National, par exemple, soumettent à des tests les candidats à des emplois. Les sociétés qui font des affaires aux États-Unis, en particulier dans le secteur des transports, pourraient être

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT



obligées, pour se conformer à la loi américaine, de soumettre à des tests de dépistage leurs employés qui franchissent la frontière.

Au Canada, la réglementation concernant le dépistage obligatoire des drogues est principalement de nature pénale. En vertu du Code criminel, une personne peut être soumise à un test si elle conduit un véhicule automobile, du matériel roulant des chemins de fer, est aux commandes d'un navire ou pilote ou aéronef alors que ses facultés sont affaiblies par l'alcool ou par des drogues (art. 254). Aux termes du Règlement sur le service des pénitenciers, les agents du Service correctionnel peuvent exiger d'un détenu qu'il fournisse un échantillon d'urine afin de déterminer s'il a consommé une substance hallucinogène (DORS/85-412). Certaines lois fédérales prescrivent également les tests de dépistage à l'égard d'une personne soupçonnée d'avoir consommé une drogue illicite (la Loi sur les stupéfiants, S.C.R. 1985, ch. N-1, par exemple). S'il n'y a pas d'infraction, aucune de ces mesures législatives ne s'applique dans le domaine de l'emploi. (Pour une analyse plus complète de la législation et des programmes concernant les drogues en général, voir le Bulletin d'actualité n° 87-7F, intitulé L'abus des drogues au Canada.)

La réglementation dans le secteur des transports interdit la consommation de drogues et d'alcool au travail, mais elle ne prescrit pas le dépistage obligatoire. La Loi sur l'aéronautique, la Loi sur la Marine marchande du Canada, la Loi sur le pilotage et la Loi sur la sécurité ferroviaire interdisent toutes aux employés de consommer des substances hallucinogènes lorsqu'ils sont au travail, mais elles ne contiennent aucune disposition prescrivant le dépistage obligatoire. Une loi modificatrice devra être adoptée pour que ces lois autorisent les tests de dépistage obligatoires.

Le recours à l'analyse d'urine pour vérifier si un employé a consommé des drogues ou de l'alcool devient par conséquent une question importante dans le domaine de l'emploi au Canada. Certaines décisions judiciaires, quoiqu'elles aient été rendues dans le domaine criminel, pourraient s'appliquer dans des cas où des employeurs du secteur des transports au Canada contesteraient une loi fédérale instituant des programmes de dépistage obligatoire des drogues. Des décisions fondées sur

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT



la Charte dans des affaires concernant l'utilisation de l'ivressomètre et des analyses d'urine dans les pénitenciers seront certainement invoquées lorsque sera contestée la constitutionnalité du dépistage des drogues en milieu de travail.

A. La Charte

Les contestations visant des programmes gouvernementaux de dépistage obligatoire des drogues seraient vraisemblablement fondées sur les articles 7 et 8 de la Charte. L'article 7 reconnaît à chacun le droit à la sécurité de sa personne, et dispose qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Le droit à la sécurité de la personne comprend la protection contre la contrainte physique, la protection de la vie privée et la protection contre l'ingérence de l'État dans les affaires personnelles. L'article 8 reconnaît à chacun le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. L'application de ces droits constitutionnels est cependant limitée par l'article 1 de la Charte, qui permet d'imposer des restrictions aux droits, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Autrement dit, même si un programme de dépistage obligatoire des drogues portait atteinte au droit à la sécurité, il serait néanmoins possible de justifier le programme en invoquant le critère des "limites raisonnables" prévu à l'article 1.

L'applicabilité de la Charte constitue un autre facteur important. Aux termes de l'article 32, la Charte s'applique au Parlement et au gouvernement du Canada et à la législature et au gouvernement de chaque province. En d'autres mots, la Charte ne s'applique qu'aux actions et mesures législatives du gouvernement. Si un programme de dépistage obligatoire des drogues était institué en vertu d'une loi, tout employé aurait néanmoins le droit de le contester en invoquant la Charte. Si une société créait un programme de dépistage dans le cadre de sa propre politique, un employé pourrait invoquer la loi sur les droits de la personne (question traitée à la partie B).

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT



1. L'article 7 de la Charte

La constitutionnalité du dépistage obligatoire des drogues a fait l'objet de quatre décisions judiciaires où les tribunaux ont statué que le prélèvement non consensuel de fluides corporels sur une personne constitue une atteinte à sa sécurité (voir Chatham, (1987) 23 C.R.R., 344; Racette, (1988) 489 D.L.R. (4') 412; Dion, (1987) 30 C.C.C. (3d) 108; et Jackson, non publié F.C.T.D., T-1934-87, décision rendue le 16 février 1990). Ces affaires concernent des règlements de dépistage de drogues dans des pénitenciers et des lois provinciales concernant la conduite d'un véhicule automobile avec facultés affaiblies. Dans l'affaire Dion, la Cour supérieure du Québec a jugé que l'obligation faite aux détenus par le Service correctionnel de fournir un échantillon d'urine n'était pas conforme à la "justice fondamentale". Parce que le règlement laissait à la discrétion d'un employé du Service correctionnel la responsabilité de déterminer dans quelles circonstances un échantillon d'urine pouvait être demandé, la Cour a jugé que l'absence de motif raisonnable et sérieux dans les dispositions du règlement constituait une violation de l'article 7 de la Charte. La Cour a conclu que le fait d'obliger un détenu à fournir un échantillon d'urine constitue une humiliation et une atteinte à son droit à la sécurité, à la tranquilité et à la vie privée établi par l'article 7.

La Cour suprême ne s'est pas encore penchée sur la question des programmes de dépistage obligatoire des drogues au regard de l'article 7. La Cour a cependant été saisie d'affaires concernant le prélèvement d'échantillons corporels effectués en vertu du Code criminel dans des cas de conduite avec facultés affaiblies, et où cette pratique était contestée en vertu des articles de la Charte. Dans l'affaire Hunter ((1984) 2 S.C.R. 145), la Cour semble avoir exigé l'existence d'un "élément objectif" dans un programme de dépistage obligatoire des drogues du gouvernement. Cet élément pourrait prendre la forme d'une autorisation préalable ou de l'existence de motifs raisonnables. Par exemple, le gouvernement aurait à démontrer que le programme de dépistage obligatoire des drogues est conforme à la justice fondamentale et qu'il existe des motifs valables pour effectuer le test.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT



Le gouvernement pourrait cependant faire valoir que le programme de dépistage des drogues prévu dans la loi constituait le seul moyen efficace de s'assurer que l'interdiction de consommer des drogues et de l'alcool était respectée. Aucun motif raisonnable ne serait alors requis puisque le gouvernement aurait besoin de pouvoirs étendus pour surveiller l'application de la réglementation régissant les tests de dépistage des drogues et la consommation de drogues dans le secteur des transports. Le gouvernement se fonderait sur une décision très récente de la Cour suprême. Dans l'affaire McKinlay (non publiée, S.C.C., 20761, décision rendue le 29 mars 1990), la Cour a décidé qu'une surveillance au hasard constitue peut-être la seule façon de préserver l'intégrité du système fiscal, et elle a confirmé la validité des dispositions qui autorisent les fonctionnaires de l'impôt à demander la production de documents. La Cour a néanmoins rappelé que plus l'intrusion dans la vie privée d'un particulier est grande, par exemple une atteinte à l'inviolabilité de son domicile (ou de son intégrité physique), plus il deviendra nécessaire d'avoir des garanties comme celles établies dans l'affaire Hunter. Les tribunaux devront tôt ou tard se prononcer sur l'applicabilité du raisonnement formulé dans l'affaire McKinlay à des situations de ce genre.

2. L'article 8 de la Charte

L'article 8 reconnaît à chacun le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Les tribunaux ont statué que le prélèvement de substances corporelles constitue une saisie au sens de l'article 8 (voir Dyment, (1988) 2 S.C.R. 417). La Cour suprême a déjà statué que l'article 8 protège les particuliers contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives. Il ne fait aucun doute que la Cour se fondera sur cet article pour examiner de très près tout programme de dépistage obligatoire des drogues exigeant d'un particulier qu'il fournisse un échantillon de fluides corporels. Dans l'affaire Thomson Newspapers Ltd. (non publiée, S.C.C. #20228, décision rendue le 29 mars 1990), la Cour a déclaré que le degré de vie privée dont un citoyen peut raisonnablement espérer jouir peut varier selon la nature

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT



de l'activité qui le met en rapport avec l'État. L'application d'une définition plus souple du caractère raisonnable d'une fouille dans un contexte réglementaire serait conforme à l'article 8 de la Charte. Par ailleurs, dans l'affaire Pohoretsky ((1987) 1 S.C.R. 945), la Cour a statué que l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne constitue un acte beaucoup plus grave que l'atteinte à l'intégrité de son bureau ou même de son domicile.

Par conséquent, un programme de dépistage obligatoire des drogues devrait respecter le critère du caractère raisonnable établi à l'article 8 de la Charte. Les exigences établies par la Cour suprême dans l'affaire Collins, ((1987) 33 C.C.C. (3d) 1) sont considérées comme offrant un cadre utile pour l'analyse du dépistage des drogues dans un contexte non criminel. Dans l'affaire Collins, la Cour avait à se prononcer sur le bien-fondé de l'utilisation de l'ivressomètre à la lumière de l'article 8. La condition première pour qu'un programme de dépistage obligatoire des drogues puisse être considéré comme raisonnable est qu'il soit autorisé par une loi. Le gouvernement a déjà annoncé son intention d'adopter une nouvelle loi instituant le dépistage obligatoire. Il faudrait alors déterminer si le dépistage est une mesure raisonnable au sens de l'article 8. Dans l'affaire Dyment, la Cour suprême semble être d'avis que le critère du "caractère raisonnable" établi à l'article 8 exige que tout dépistage obligatoire des drogues institué par le gouvernement soit justifié par une condition préalable objective, par exemple l'existence de motifs valables de soupçonner qu'un employé viole une règle interdisant la consommation d'alcool ou de drogues pendant qu'il occupe un poste dans les transports publics. Il faudrait présenter aux tribunaux une preuve convaincante concernant la nature du problème à régler pour qu'ils se prononcent sur le caractère raisonnable du programme. Enfin, les modalités d'exécution du dépistage obligatoire des drogues devraient pouvoir être considérées comme raisonnables. Le respect de ces exigences ferait en sorte que le programme de dépistage des drogues serait appliqué de façon scientifique et en tenant compte des droits à la vie privée de la personne concernée. Le risque de faux résultats positifs pourrait avoir des conséquences graves et injustes pour la personne soumise au test, surtout

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT



si son gagne-pain, son occupation et sa liberté sont menacés par des résultats positifs. Le prélèvement de substances corporelles devrait être effectué de manière à protéger le plus possible la vie privée de la personne, l'intégrité du processus de prélèvement, les échantillons et les résultats du test. Le droit à la vie privée signifie que les personnes qui doivent subir des tests n'ont pas à être soumises à des pratiques dégradantes et que tous les efforts raisonnables doivent être déployés pour assurer la discrétion du processus.

3. L'article 1 de la Charte

L'article 1 dispose que les droits constitutionnels ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. La loi en vertu de laquelle il serait porté atteinte aux droits établis par la Charte devrait être examinée afin de voir si les limites imposées aux droits respectent le critère du caractère raisonnable établi par la Cour suprême dans l'affaire Oakes ((1986) 1 S.C.R. 103). En vertu de cette règle, il incomberait au gouvernement de démontrer que les objectifs du programme de dépistage des drogues tiennent à un besoin important, pressant et substantiel et que les moyens choisis sont proportionnels et adaptés aux fins recherchées. Autrement dit, il doit exister un lien rationnel entre le dépistage des drogues et l'objectif visé; la mesure de dépistage doit restreindre le moins possible les droits constitutionnels et l'objectif visé doit être suffisamment important pour justifier la violation de ces droits. Les opposants aux programmes de dépistage invoqueront certainement les résultats d'une enquête gouvernementale effectuée auprès de 18 000 employés du secteur des transports fédéraux, qui a révélé des habitudes de consommation de drogues comparables à celles de la population en général, alors que seul un faible pourcentage des employés consommaient de l'alcool ou des drogues au travail. Par conséquent, pour tout programme de dépistage des drogues, il faudrait faire la preuve qu'il existe dans un secteur particulier un grave problème de consommation de drogues et qu'il est impossible de le régler par des moyens moins draconiens que le

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT



dépistage obligatoire. Dans l'affaire Von Raab, la Cour suprême des États-Unis a rejeté l'argument selon lequel puisque seulement 5 des 3 600 tests effectués avaient donné des résultats positifs, le programme de dépistage n'était pas nécessaire. Cet argument pourrait peut-être recevoir un meilleur accueil devant les tribunaux canadiens s'il était fondé sur l'article 1. (Pour une analyse plus complète des effets de la Charte sur les droits à la vie privée en général, voir le bulletin d'actualité n° 83-15F, intitulé La Charte des droits et libertés: Droits juridiques.)

B. La Loi canadienne sur les droits de la personne

Puisque la Charte s'applique uniquement aux actions et mesures législatives du gouvernement, un programme non législatif de dépistage des drogues dans le secteur privé de compétence fédérale devrait être contesté en vertu de la Loi canadienne sur les droits de la personne. Cette loi régit tous les organismes auxquels s'appliquent les règlements fédéraux comme les sociétés qui fournissent des services ou exercent d'autres activités dans le secteur des transports fédéraux.

En 1988, la Commission canadienne des droits de la personne a publié un énoncé de principe sur le dépistage des drogues, dans lequel elle a indiqué que l'utilisation des résultats positifs de tests de dépistage pourrait être considérée comme une pratique discriminatoire fondée sur l'invalidité. La Loi, qui renferme plusieurs dispositions interdisant la discrimination en matière d'emploi, définit "l'invalidité" comme toute forme de dépendance antérieure ou actuelle à l'égard de l'alcool ou d'une drogue.

La Commission a indiqué qu'en vertu des articles 7 et 8 de la Loi canadienne sur les droits de la personne, qui interdit les pratiques discriminatoires, un employé fédéral qui aurait fait l'objet de mesures disciplinaires en raison des résultats positifs d'un test de dépistage qu'il aurait subi pourrait se plaindre à la Commission d'avoir fait l'objet d'une pratique discriminatoire fondée sur l'invalidité. La preuve serait relativement facile à établir puisque la Commission a exprimé l'avis que le plaignant n'aurait pas à faire la preuve d'une dépendance à l'égard de la drogue, "mais qu'il lui suffirait de démontrer qu'il a été soumis à un traitement différent parce que son employeur présumait qu'il avait une

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT



dépendance à l'égard de la drogue." À ce jour, aucune décision liée à ce problème n'a été rendue.

La Loi prescrit également les raisons que peut invoquer un employeur fédéral contre une accusation de pratique discriminatoire. Pour faire la preuve qu'un test de dépistage et une mesure n'ont pas un caractère discriminatoire, l'employeur aurait à démontrer que la pratique à laquelle il a eu recours était liée à une "exigence professionnelle" légitime et qu'elle était, de ce fait, justifiée; par exemple, que les résultats positifs d'un test avaient révélé chez l'employé une diminution de sa capacité d'accomplir son travail et qu'on avait en fait observé chez lui un rendement professionnel insuffisant. En outre, la Commission a indiqué qu'elle établirait ses propres normes de fiabilité des tests de dépistage et que les employeurs devraient faire leur possible pour être conciliants à l'égard de l'employé.

La Loi canadienne sur les droits de la personne constitue donc un moyen utile de contester le recours au dépistage des drogues en milieu de travail. Dans les cas où il serait démontré que le dépistage a un caractère discriminatoire, il incomberait à l'employeur d'en justifier l'utilisation. Le principal problème tient probablement au fait que le dépistage indique simplement qu'une personne a récemment consommé une drogue ou de l'alcool; des résultats positifs n'indiquent pas nécessairement qu'une personne n'est pas capable de s'acquitter de ses fonctions.

C. Législation concernant les normes d'emploi

Le gouvernement fédéral a adopté des lois concernant les normes en matière d'emploi, notamment le Code canadien du travail. Ces normes régissent certains aspects des rapports entre employeurs et employés qui relèvent de la compétence fédérale. On a fait valoir que si le gouvernement fédéral devait décider de réglementer le dépistage des drogues, le Code canadien du travail constituerait l'outil le plus approprié pour le faire. La procédure de grief qu'il contient offrirait un moyen sûr de contester un programme de dépistage des drogues et de protéger

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT



les employés contre d'éventuels abus. Toute mesure disciplinaire prise contre un employé à la suite des résultats positifs d'un test devrait être fondée sur un motif juste et sur une procédure équitable.

Certaines décisions abtitrales indiquent déjà que les employeurs n'ont qu'un droit limité d'imposer des examens médicaux et qu'il ne leur est pas permis de soumettre leurs employés à des mesures disciplinaires pour leur comportement hors du milieu de travail. Ces restrictions protègent les droits à la vie privée des employés. En somme, les limites imposées par les arbitres exigent des motifs raisonnables pour empiéter sur la vie privée d'un employé. Un test de dépistage des drogues serait probablement considéré comme une procédure médicale, de sorte que des arbitres n'autoriseraient pas un employeur à forcer un employé à consulter un médecin qui ne lui conviendrait pas à moins qu'une loi ou que la convention collective ne restreigne le droit de refus des employés. Un arbitre a déjà déclaré qu'"il n'est pas dans les intérêts légitimes d'un employeur, y compris une société de chemin de fer, d'empiéter sur la vie privée et la dignité de ses employés en les soumettant au hasard à des tests aléatoires de dépistage des drogues" (Re Canadian Pacific Ltd. and United Transportation Union, (1987) 31 L.A.C. (3d) 179). Des mesures disciplinaires fondées sur les résultats d'un test de dépistage pourraient également être contestées pour le motif que la seule consommation de drogue ne constitue pas une cause justifiée de mesure disciplinaire si cette mesure n'est pas directement liée au travail. Étant donné que la conduite des employés hors du milieu de travail ne peut faire l'objet de mesures disciplinaires, il est peu probable qu'un arbitre reconnaîtrait la validité d'une mesure disciplinaire fondée, par exemple, sur les résultats d'un test qui démontrerait qu'un employé a consommé des drogues ou de l'alcool au cours du dernier week-end. En définitive, les programmes de dépistage des drogues en milieu de travail soulèveront vraisemblablement une forte opposition compte tenu des décisions arbitrales qui ont déjà été rendues.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT



D. Garanties de procédure

Dans un document d'étude concernant les tests de vérification, la Commission de réforme du droit traite des garanties de procédure qui pourraient être nécessaires pour que les tests soient effectués selon des méthodes justes et fiables (document d'étude 34, Investigative Tests, 1984). La Commission a étudié la législation étrangère qui régit l'application des tests. Le Transport Act 1981 du Royaume-Uni et le Transport Act 1962 de la Nouvelle-Zélande disposent que les personnes obligées de subir un test de vérification doivent être prévenues à l'avance des conséquences possibles de résultats défavorables, ou du refus de subir un test, et de leur droit de demander un nouveau test. En Nouvelle-Zélande, les personnes soumises à des tests en vertu de la loi peuvent, si elles le veulent, se soumettre à d'autres tests plus fiables, comme des analyses de sang. Elles peuvent également demander qu'on leur donne une partie des échantillons prélevés et les soumettre à l'analyse d'un laboratoire indépendant. En vertu de la loi, le non respect des exigences qui régissent les tests entraîne automatiquement l'exclusion de la preuve obtenue au moyen de ces tests. Toutefois, la loi interdit à quelqu'un de refuser de se soumettre à un test de vérification. Dans d'autres pays, la loi autorise seulement le personnel qualifié à effectuer les tests; elle permet également à la personne qui subit le test d'être accompagnée de son avocat ou de son médecin personnel et autorise la destruction des dossiers et échantillons une fois que les résultats sont obtenus et la question réglée. Les tests de dépistage peuvent permettre aux employeurs d'obtenir beaucoup de renseignements non pertinents. La conservation de ces renseignements peut faire l'objet d'une contestation au nom du droit à la vie privée. L'utilité, pour les employeurs, de savoir si des employées sont enceintes ou si d'autres ont le diabète constitue également un point de préoccupation pour les employés.

En octobre 1987, le Comité permanent de la Chambre des communes chargé de la santé nationale et du bien-être social a déposé son rapport sur l'abus des drogues au Canada. Le document, intitulé Boisson, pilules et droque: comment diminuer leur consommation au Canada, recommandait que si les tests doivent être utilisés, ils ne soient

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT



effectués que lorsqu'il existe des motifs de soupçonner qu'il y a eu consommation de drogues ou d'alcool (p. ex., lorsqu'un employé a montré par son comportement qu'il a les facultés affaiblies ou de la difficulté à s'acquitter de ses fonctions). Le dépistage doit aider l'employé à rechercher le traitement approprié, et ne pourrait pas servir en tant que preuve dans des procédures criminelles. Le rapport recommande également que tous les résultats positifs de tests soient confirmés par un autre test, que les résultats soient communiqués à un practicien médical licencié agréé par l'employé et par l'employeur, et qu'aucune mesure ne soit prise par suite de résultats positifs à moins que l'employé n'ait eu la possibilité de rencontrer le practicien ou de présenter une contre-preuve.

E. Conclusion

À défaut de projets de loi ou de politique, il est difficile de savoir quel type de mesure ferait l'objet de contestations devant les tribunaux ou ce qui serait rejeté par eux. La présente étude a proposé des bases possibles de contestation future des programmes de dépistage des drogues. Puisqu'on ne connaît pas encore de façon certaine les modalités d'établissement de ces programmes ni leur contenu, il est à peu près impossible de savoir quel genre de dépistage, à savoir un dépistage fait avant l'embauchage, après un accident, un dépistage périodique, fondé sur des soupçons ou effectué au hasard, serait accepté ou invalidé par les tribunaux.

En attendant, les questions demeurent nombreuses. Quels sont les risques d'obtenir de "faux résultats positifs"? Quelles sont les probabilités qu'une ingérence produise de faux résultats? Quel est le risque d'erreur humaine? Qu'est-ce qui doit être considéré comme une drogue proscrite? Que se passerait-il en cas de résultats positifs dûs à la présence de quantités infimes de drogue non susceptibles d'affecter la capacité d'un employé de s'acquitter de son travail? Une personne soumise à un test pourrait-elle avoir des résultats positifs même si elle n'avait pas réellement consommé de drogue, mais qu'elle avait absorbé des traces

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT



d'une source secondaire (par exemple, après s'être trouvée dans la même pièce qu'une personne qui aurait fumé de la marijuana)? Quelles garanties comporterait le processus de dépistage pour assurer la protection de la vie privée de l'employé? Quel type d'information peut-on obtenir au moyen des tests de dépistage? Comment empêcher un employeur d'utiliser les renseignements obtenus à l'égard de l'employé? Comment l'employé pourrait-il contester les résultats du test? De quel recours disposeraient les employés qui voudraient contester des méthodes de dépistage? Quelles mesures de réparation seraient offertes aux employés dont les tests auraient donné de faux résultats?

Il incombe au gouvernement et au Parlement fédéraux d'assurer un juste équilibre entre la sécurité du public et les droits de l'individu à la vie privée. L'application de ces importants droits constitutionnels ne peut passer uniquement par une réglementation à venir. Pour qu'ils puissent faire l'objet d'un examen approfondi, les programmes de dépistage des drogues qui seront proposés devraient être régis par une nouvelle loi. La Cour suprême des États-Unis a déclaré à ce sujet:

> L'expérience nous enseigne qu'il faut veiller à protéger la liberté lorsque les buts visés par le gouvernement sont bénéfiques. Les hommes nés dans la liberté sont naturellement prêts à combattre les dirigeants malveillants qui veulent s'en prendre à leur liberté. Le plus grand danger auquel est exposée la liberté se trouve dans l'empiètement insidieux d'hommes enthousiastes, bien intentionnés mais peu clairvoyants. (M. le juge Brandeis, Olmstead v. United States, (1928) 48 S. Ct. 564) (traduction)

## MESURES PARLEMENTAIRES

Aucune loi n'a encore été adoptée ni aucun projet de loi déposé. Plusieurs comités de la Chambre des communes ont néanmoins traité la question de l'abus des drogues. En novembre 1987, le Comité permanent de la santé nationale et du bien-être social, dans son rapport sur l'abus des drogues, s'est opposé aux tests de masse et au hasard au Canada et a recommandé que le recours au dépistage des drogues n'ait lieu que lorsqu'il

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT



existe des raisons ou des motifs de soupçonner qu'il y a eu consommation de drogues.

Après avoir étudié la Loi sur la sécurité ferroviaire en avril 1988, le Comité des transports a recommandé que le gouvernement élabore un programme de dépistage des drogues qui serait appliqué par voie législative et qui prévoirait l'administration de tests aux employés des transports après un accident ou pour des motifs raisonnables.

Le 16 mars 1990, le ministre des Transports a publié un énoncé de stratégie sur la consommation des drogues. Le document a été renvoyé au Comité permanent de la Chambre des communes des transports à des fins d'examen, de consultation et de recommandations. Le Comité devait présenter son rapport dans les 90 jours. Le 28 mars 1990, le ministre de la Défense nationale a également publié un énoncé de stratégie sur le contrôle de la consommation d'alcool et de drogues par les employés du ministère. Le document prévoit le recours à des tests de dépistage obligatoires au hasard.

## CHRONOLOGIE

mars 1986 - La Commission d'enquête américaine sur le crime organisé dépose son rapport qui recommande que les employés fédéraux soient soumis au dépistage obligatoire de drogues.

septembre 1986 - Le Président des États-Unis prend le décret 12564 qui institutionnalise le dépistage obligatoire des drogues à la grandeur de la fonction publique.

25 mai 1987 - Le gouvernement fédéral annonce la Stratégie nationale antidrogue pour lutter contre l'abus des drogues au Canada.

2 novembre 1987 - Le Comité permanent de la santé nationale et du bien-être social dépose à la Chambre des communes son rapport sur l'abus des drogues.

janvier 1988 - La Commission canadienne des droits de la personne publie un énoncé de politique dans lequel elle indique que l'utilisation des résultats positifs

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT



de tests pourrait être considérée comme une pratique discriminatoire.

21 avril 1988 - Le Comité permanent des transports recommande que le gouvernement dépose un projet de loi régissant l'application des programmes de dépistage des drogues.

décembre 1989 - La Cour suprême des États-Unis rend deux décisions qui confirment les programmes de dépistage obligatoire des drogues en milieu de travail et qui indiquent que cette pratique ne porte pas atteinte au droit à la vie privée protégé par le Quatrième Amendement.

16 mars 1990 - Le ministre des Transports publie un énoncé de stratégie sur le contrôle de la consommation des drogues et de l'alcool par les employés du secteur des transports fédéraux. La stratégie propose l'adoption d'une loi régissant le dépistage obligatoire des drogues.

28 mars 1990 - Le ministre de la Défense nationale annonce une stratégie de contrôle de la consommation de l'alcool et des drogues dans les Forces armées canadiennes. Le ministre déclare que la stratégie prévoit l'application du dépistage obligatoire avec, dans certains cas, des tests au hasard.

5 avril 1990 - Le Comité permanent des transports de la Chambre des communes débute ses audiences sur l'énoncé de stratégie publié par le ministre des Transports. Le comité doit présenter son rapport à la mi-mai.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

Benyekhlef, Karim. "Réflexions sur la légalité des tests de dépistage de drogues dans l'emploi". Revue du Barreau, 48-2, 1988, 315-363.

Commission canadienne des droits de la personne. "Drug Testing." Policy 88-1, janvier 1988, p. 11.

Commission de réforme du droit du Canada. "Méthodes d'investigation scientifiques". Document de travail 34, 1984, 186.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT



Comité permanent de la santé et du bien-être social de la Chambre des communes. Boisson, pilules et drogue: comment diminuer leur consommation au Canada. Imprimeur de la Reine, Ottawa, 1987.

Miller, David A. "Mandatory Urianalys Testing and the Privacy Rights of Subject Employees." University of Pittsburg Law Review, (1986) 48, 201.

Reid, A.D. et Alison Young. "Administrative Search and Seizure Under the Charter." Queen's Law Journal, vol. 10-2, 1985, 392.

Santé et Bien-être social Canada, Secrétariat interministériel sur l'abus des drogues. "Action contre les drogues". Mai 1987.